



## DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: REFLEXÕES ACERCA DA AUTONOMIA DO INDIVÍDUO E A INGERÊNCIA DO DIREITO PENAL

*Andressa de Paula Andrade<sup>1</sup>, Fernanda Diniz Aires<sup>2</sup>, Pedro Paulo da Cunha Ferreira<sup>3</sup>, Érika Mendes de Carvalho<sup>4</sup>, Gisele Mendes de Carvalho<sup>5</sup>*

**RESUMO:** Trata-se de uma abordagem acerca da natureza jurídico-penal do consentimento do ofendido. Demais disso, levando em consideração a não previsão no Código Penal do presente instituto e a possibilidade de alargamento de tal, toma-se como ponto de partida a ideia de autonomia do indivíduo e sua ingerência no Direito Penal. A defesa da autonomia do indivíduo no ordenamento jurídico apresenta acentuada relevância no Direito Penal. Isso suscita reflexões sobre a natureza jurídica do referido instituto, entendida ora como causa de atipicidade da conduta, ora como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. A concepção de sociedade e o ordenamento jurídico fundam-se no reconhecimento da autonomia do indivíduo, em decorrência dos postulados do Estado Democrático de Direito, bem como o *status* axiológico prioritário do Homem frente ao Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia do indivíduo, consentimento do ofendido, causa de atipicidade, causa supralegal de justificação.

### 1 INTRODUÇÃO

O consentimento do ofendido do ofendido não possui tratamento no Código Penal pátrio, dificultando, desta forma, uma uniformização de um conceito uno e aplicável a todos os casos que versem sobre a matéria e a natureza jurídica do referido instituto. Logo, não havendo sistematização sobre o assunto, toma-se como premissa da aplicabilidade da causa de atipicidade da conduta ou causa supralegal de justificação, a disponibilidade do bem jurídico, implicando ainda, outros requisitos valorativos.

O instituto do consentimento do ofendido ao ser aplicado, deverá ser feito assentado na ponderação de valores. A mitigação da proteção penal deve respeitar a autonomia do indivíduo, sem olvidar os princípios que conferem o sustentáculo ao Direito Penal.

<sup>1</sup> Acadêmica do 3º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá – Maringá- (UEM/PR), pesquisadora discente e estagiária do Ministério Público do Estado do Paraná. [aandressaandrade@hotmail.com](mailto:aandressaandrade@hotmail.com)

<sup>2</sup> Acadêmica do 3º do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá –Maringá- (UEM/PR), pesquisadora bolsista. Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC). [ferdiniz.aires@hotmail.com](mailto:ferdiniz.aires@hotmail.com)

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – Maringá - (UEM/PR) e aluno do programa de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Penais na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte - (PUC/MG). [p.cunha.ferreira@uol.com.br](mailto:p.cunha.ferreira@uol.com.br)

<sup>4</sup> Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza (Espanha), mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR), professora adjunta de Direito Penal da mesma instituição e professora visitante da Universidade de Salamanca (Espanha). Orientadora. [erikamendes@terra.es](mailto:erikamendes@terra.es)

<sup>5</sup> Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza (Espanha), mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR), professora adjunta de Direito Penal da mesma instituição e professora. Orientadora. [giselemendes@terra.es](mailto:giselemendes@terra.es)

## 2 MATERIAL E MÉTODOS

A execução do presente trabalho pauta-se pelo exame do objeto à luz da moderna doutrina penal, através do emprego do método dedutivo inerente a ciência do Direito. A análise da doutrina especializada possibilita a prospecção do conteúdo geral e específico, o que oportuniza a consecução da conformação das hipóteses aventadas ou então sua total ou parcial refutação. As conclusões que se buscam pretendem ser alcançadas por meio da interpretação da parca doutrina relativa à matéria, bem como da dogmática atinente aos conteúdos afetos.

O enfrentamento do tema em apreço torna-se justificável diante do estágio da incipiente doutrina penal brasileira, que pouco se ocupa do tema. A escassa dedicação de investigações acadêmicas com vistas à definição da natureza jurídico-penal do consentimento do ofendido e, por conseguinte, seus efeitos, concretos certamente decorre de sua imprevisão legal, o que não pode escusar sua falta de tratativa.

## 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com as revoluções burguesas, nasce uma concepção individualista da sociedade, contrária à concepção organicista. A primeira valoriza o homem-singular, enquanto a segunda, a sociedade ou o grupo social. É razoável identificar o totalitarismo com a concepção organicista, ou seja, a limitação da autonomia do indivíduo, já que este é relegado a segundo plano, sendo divisado sob a ótica funcional de meio para a conservação e manutenção da coletividade. Logo, a intensificação da liberdade está ligada ao ideal do Estado Democrático de Direito. A concepção de democracia, em marcos teóricos já consagrados, repousa na figura do cidadão livre, pois o homem em toda a sua dimensão é um ser racional capaz de autodeterminação e passível de seguir as suas próprias leis.

Reconhece-se o direito à liberdade juntamente com o direito à igualdade - apanágio da dignidade da pessoa humana – dado que todo homem é dotado de valor em si e por si mesmo. Está, entretanto, em um nível valorativo superior ao Estado e a toda natureza circundante, não obstante em igualdade substancial com os outros homens. A “pessoa”, enquanto fonte de todos os valores impõe limitações ao poder Estatal, o qual deve reconhecer e acima de tudo garantir àquela um largo espaço de ação e autodeterminação.

É dentro desta concepção que o Direito Penal, enquanto sistema de direito positivo, de matiz subsidiária e fragmentária, presta-se a garantir a tutela eficaz de bens jurídicos de natureza individual, coletiva e difusa desde que se mostrem portadores de dignidade penal. Na mesma esteira, essa visão clássica da dogmática penal vem sofrendo demasiada ingerência de ordem político-criminal e político-legislativa, o que acarreta uma maior abrangência valorativa e interpretativa dos dispositivos e institutos da ciência do Direito Penal.

O consentimento do ofendido no âmbito do Direito Penal é matéria assaz conflitiva, conquanto envolva valores contraditórios, a saber, a autodeterminação e a disponibilidade de bens jurídicos (MINAHIM, 2003, p.220-221). Outrossim, é de se atentar que o consentimento do ofendido não se encontra regulamentado no Código Penal brasileiro, atuando ora como causa de atipicidade da ação, ora como causa de justificação, comportando, assim, uma eficácia pragmática disciplinada à margem da legalidade.

Por certo, a valoração acerca do consentimento do ofendido e sua aplicabilidade devem estar em consonância com o bem jurídico tutelado (disponível/indisponível), sempre com vistas à satisfação das funções teleológica e interpretativa do bem jurídico e da incriminação na qual se ancora sua chancela (PRADO, 2009, p.31).

O dissenso ou o não consentimento do ofendido em inúmeras figuras delitivas da parte especial (PIERANGELI, 2001, p.97) do Código Penal, constitui elemento integrante

do tipo. O não consentimento como elemento tácito ou expresso requer um juízo de caráter negativo para a verificação da tipicidade, ou seja, somente quando inexistir o consentimento a conduta será típica. Em havendo consentimento por parte do titular do bem jurídico, o tipo penal na qual perfunctoriamente subsume-se a conduta não se configura. Desse modo, resta inquestionável a inexistência de crime por absoluta inadequação da conduta à figura descrita.

Deve-se registrar que nos tipos penais nos quais o dissenso ou a ausência de consentimento são requisitos para a tipificação, permanece implícita a intenção de prestigiar a relevância da liberdade de disposição acerca do bem jurídico protegido. O consentimento no Direito Penal é considerado uma instituição autônoma e tem características particulares que permitem diferenciá-lo notadamente de seu correspondente instituto no campo do Direito Civil. O que se deve levar em conta é a *capacidade natural de juízo*, a saber: a compreensão do sentido da resolução de abdicação à proteção ao bem jurídico. Os requisitos para a eficácia ou a validade do consentimento devem ser analisados de forma particularizada em cada tipo penal e segundo as características imanentes ao bem jurídico fundamento da incriminação. Todavia, todo consentimento deve sempre ser anterior ou simultâneo à realização da conduta, sendo estes seus imediatos requisitos de validade *a priori* (CEREZO MIR, 2000, p.330).

Comparativamente não invalida o consentimento, enquanto causa de exclusão de tipicidade, a contrariedade aos bons costumes, diversamente do que comumente ocorre quando o exame da deliberação se dá no âmbito cível. Quando o dissenso constituir-se elemento típico, o eventual consentimento do sujeito passivo não precisa ser abarcado pelo conhecimento do agente. Esclareça-se, portanto, que haverá tentativa inidônea caso o agente aceite, por erro, a existência de um elemento objetivo do tipo que, na realidade inexistente (*erro de tipo ao inverso*). (PIERANGELI, 2001, p.95-97).

Já o consentimento do ofendido como causa de exclusão de antijuridicidade corresponde, a seu turno, aos casos nos quais os elementos do tipo descrevem a proteção de um bem jurídico de titularidade individual (pessoa física ou jurídica), mas unicamente quando tal não versar sobre sua liberdade. Demais disso, o referido bem objeto jurídico deve ser forçosamente disponível (CEREZO MIR, 2000, p.331).

Para que o consentimento como causa de exclusão de ilicitude seja eficaz, mister se faz que aquele decorra de vontade válida, ou seja, não obtida mediante violência e/ou grave ameaça, devendo ser ainda expresso. É indispensável que o sujeito ativo conheça sua existência e aja nos contornos e limites do consenso prestado. Todavia, é essencial que o consentimento obedeça a um marco temporal e que exista cronologicamente ao menos no instante da realização da ação.

Em superados os esclarecimentos às duas espécies de consentimento do ofendido, impende salientar algumas hipóteses especialmente discutidas no âmbito doutrinário de altíssima relevância prática. Assim, alude-se, por exemplo, à admissibilidade do consentimento do ofendido nos contextos eutanásicos, vez que gravitam em tensa conflituosidade, outrossim, a autonomia do indivíduo e o mais importante bem jurídico alvo de tutela no Direito Penal, qual seja, a vida humana. Por certo, atualmente assiste-se a uma mitigação da proteção penal conferida a determinados bens jurídicos precisamente em virtude da ampliação dos domínios do consentimento feita por uma defesa intransigente do individualismo e da autonomia de seus titulares.

#### 4. CONCLUSÃO

As meditações finais e parciais conduzem à ilação de que o pressuposto funcional do Direito Penal, consubstanciado no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos tal qual o exercício da autonomia da vontade individual mostram-se aparentemente antagônicos. Muitas vezes o interesse privado da proteção do bem jurídico é

preponderante e o Estado apenas tem interesse mediato ou indireto em sua proteção. Portanto, a defesa da liberdade individual se manifesta, no âmbito do Direito Penal, através do consentimento do ofendido. Esse instituto ora se apresenta como excludente de tipicidade, ora como causa supralegal de justificação. Todavia, o consentimento, cuja natureza jurídica lhe confere efeito justificante da conduta típica, não se aplica a todas as figuras delitivas, mas, tão-somente a um número reduzido delas, condicionada as características do objeto jurídico, bem como às exigências de pode ser exigências da lei penal e a satisfação da tutela do bem jurídico. Logo, a causa de justificação aplicada segundo alguns pressupostos excepcionais não se opõe ao caráter público do Direito Penal.

Desse modo, muito se perquire sobre a validade, a eficácia e a extensão do consentimento do ofendido, que é dotado de autonomia e tem características distintas do Direito Civil. A avaliação deverá centrar-se nas particularidades da figura delitiva e do bem jurídico protegido, dado que o consentimento só terá validade quando o direito concede maior relevância à liberdade de disposição que ao desvalor da ação e ao desvalor do resultado.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 15 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español: parte general**. Madrid: Tecnos, 2000, p. 331.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: **Revista de Ciências Jurídicas**, Maringá, n. 1, v. 6, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.